This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 563 688

BOURWIEG

Ueber Negotia Claudicantia

1876

HARVARD
LAW
LIBRARY

Digitized by Google

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Digitized by Google

Polen 188

Ueber negotia claudicantia.

Inaugural-Dissertation

welche

nebst beigefügten Thesen

mit

Genehmigung der juristischen Facultät

der

Universität Greifswald

am 21. December 1876, Mittags 12 Uhr

öffentlich vertheidigen wird

Max Bourwieg,
Referendarius.

Opponenten:

Herr Referendarius **Aulig,**
„ „ **Braeunlich,**
„ „ Dr. **Meyer.**

Stettin.
Druck von F. Hessenland.
1876.

Digitized by Google

FOR TK
B7767u

MAY 12 1921

Digitized by Google

Seinen lieben Eltern.

Digitized by Google

Digitized by Google

Disposition.

Allgemeiner Theil.

Begriff und Wirkungen der negotia claudicantia.

§ 1.

Arten der negotia claudicantia. Begriff derselben

§ 2.

Practischer Uuterschied bei Durchführung der verschiedenen über den Begriff der hinkenden Verträge aufgestellten Ansichten.

Besonderer Theil.

I. Abschnitt.

Vertheidigung der aufgestellten Ansicht in den einzelnen Fällen.

§ 3.

Die zweiseitigen Geschäfte des sine tutoris auctoritate handelnden Pupillen.

§ 4.

Fortsetzung. — Die Annahme einer naturalis obligatio pupilli.

§ 5.

Der Käufer einer res furtiva kennt die Beschaffenheit derselben beim Abschluss des Kaufes, nicht aber der Verkäufer.

Digitized by Google

II. Abschnitt.

Zurückweisung und Widerlegung Derjenigen, welche noch andere Geschäfte zu den negotia claudicantia zählen wollen.

I. Solche Fälle, in denen beide Contrahenten verpflichtet sind.

§ 6.

Ein Mandatar, der nicht über einen bestimmten Kaufpreis hinausgehen soll, kauft theurer.

§ 7.

Die zweiseitigen Geschäfte eines Haussohnes oder Sclaven.

II. Solche Fälle, in denen beide Contrahenten nicht verpflichtet sind.

§ 8.

Kauf einer Sache, deren grösserer Theil schon vor Abschluss des Kaufes ohne Wissen beider Contrahenten untergegangen ist.

§ 9.

Nichtigkeit der Ehe wegen eines entgegenstehenden Privathindernisses.

Digitized by Google

Allgemeiner Theil.

Begriff und Wirkungen der negotia claudicantia.

---

§ 1.

Arten der negotia claudicantia. Begriff derselben.

Die Bezeichnung einzelner Geschäfte als negotia claudicantia war den Römern nicht bekannt. Der Name stammt aus der Zeit der Glossatoren.[1]) Cujacius sagt von ihnen:[2])

„Emtio claudebat, quia ex uno tantum latere consistebat."

Die neueren Gelehrten haben den Begriff beibehalten und werden von ihnen als hinkende Verträge gewöhnlich folgende bezeichnet:

1. Die zweiseitigen Rechtsgeschäfte eines sine tutoris auctoritate contrahirenden Pupillen[3]) Ihnen stehen gleich die Verträge, welche der Mündel sub auctoritate protutoris abschliesst.[4])

---

[1]) Glossa ad leg. 13 § 29 D. de act. emt. et vend. 19. 1.

[2]) Cujacius libro V. Quaest. Paul. ad l. 7. § 1 de rescind. vend. 18. 5.

[3]) Puchta Pand. § 232. Arndt Pand. § 234. Windscheid Pand. II. § 321. Anm. 22. v. Vangerow Pand. § 279. Brinz Pand. II. § 377 S. 1641. Böcking Pand. § 119 d. Tiktin. De natnra bilateralium obligationum, Berlin 1867, S. 69. Gürgens. De contractibus claudicantibus, Berlin 1863, S. 3. Vergl. pr. J. de auct. tut. 1. 21. l. 13 § 29. D. de act. emt. et vend. 19. 1. l. 5 § 1. de auct. et cons. tut. 26. 8.

[4]) Brinz Pand. II. § 300 S. 1363. Vergl. l. 2. D. de eo, qui pro tut. 27. 5. u. l. 1 § 6. D. quod falso tut. auct. 27. 6.

Digitized by Google

2. Der Kauf einer res furtiva, deren diesbezügliche Beschaffenheit nur der Verkäufer nicht kennt.[5])

In beiden Fällen liegt ein zweiseitiges Rechtsgeschäft vor, bei dem der eine Theil kraft Gesetzes verpflichtet sein soll, der andere nicht, bei dem also die Contrahenten nicht das erreichen, was sie bei Eingehung des Vertrages beabsichtigten.

Diese Erfordernisse sind die Grundlage, auf welcher sich der ganze Begriff der hinkenden Geschäfte aufbaut. Deshalb ist mit den genannten zwei Verträgen die Reihe der negotia claudicantia geschlossen, denn bei allen Contracten, die sonst noch hierher gerechnet werden, fehlt eins der erwähnten Erfordernisse, nämlich das obligari und non obligari. Dieser Mangel kann aus zwei Gründen vorhanden sein:

a) deshalb, weil beide Contrahenten verpflichtet sind. Das ist der Fall:
   α) wenn ein Mandatar, dem aufgetragen ist, etwas zu einem bestimmten Preis zu kaufen, die festgesetzte Kaufsumme überschreitet;[6])
   β) wenn ein Haussohn oder Sclave ein bilaterale negotium eingeht;[7])
b) deshalb, weil beide Contrahenten nicht verpflichtet sind. So ist es
   α) wenn ein Kaufvertrag über eine Sache abgeschlossen

---

[5]) Arndts a. a. O. Windscheid a. a. O. Brinz Pand. II. § 377 und die in Note 3 bereits Angeführten. Vergl. l. 34 § 3 de cont. emt. 18. 1.

[6]) Vergl. dagegen Gürgens a. a. O. S. 53 — § 8 J. de mand 3. 26. l. 3. § 2. l. 4. D. mand. 17. 1.

[7]) Hier wird ein negotium claudicans insofern angenommen, als der Vater oder der dominus nicht verpflichtet wird, wohl aber der Gegencontrahent des Gewaltuntergebenen. Vergl. Windscheid a. a. O. Tiktin a. a. O. S. 78. Gürgens a. a. O. S. 44.

Digitized by Google

ist, deren grösserer Theil, ohne dass die Contrahenten davon unterrichtet waren, schon vor Eingehung des Contracts untergegangen ist;[8])

β) wenn eine Ehe trotz eines entgegenstehenden Privathindernisses eingegangen ist.[9])

Unser Grundsatz, dass bei den hinkenden Verträgen der eine Contrahent verpflichtet ist, der andere nicht, ist jedoch nicht allgemein anerkannt.

So erblicken Puchta,[10]) Savigny,[11]) Mommsen[12]) in den negotia claudicantia Beispiele einer relativen Nichtigkeit, bei denen die Existenz des ganzen Vertrages von der Entscheidung des nicht gebundenen Contrahenten abhänge. Dem steht im Allgemeinen entgegen, dass die Annahme einer relativen Nichtigkeit den festen Rechtsbegriffen des römischen Volks widerspricht, und dass dieselbe in den Quellen nirgends erwähnt ist, was doch bei der Eigenheit eines derartigen Begriffs sonderbar wäre. Ja Paulus spricht sich offen gegen dieselbe aus

libr. 32 ad Edict:[13])

— — namque iniquum est, non esse mihi cum illo actionem, si nolit, illi vero, si velit mecum esse.[14])

Andere sagen mit uns, dass bei den hinkenden Geschäften

---

[8]) Gürgens a. a. O. S. 56. — l. 57. pr. D. de contr. emt. 18. 1.

[9]) v. Savigny System IV. S. 541. k. Windscheid a. a. O. § 82. Anm. 8., dagegen Brandis Zeitschrift für Civilrecht und Process Bd. VII. No. IV. Ueber absolute und relative Nichtigkeit S. 203. Brinz a. a. O. S. 1644.

[10]) Puchta a. a. O.

[11]) v. Savigny, System III. S. 40.

[12]) Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht Bd. III. S. 419.

[13]) l. 3. § 2. D. mand. 17. 1.

[14]) Eine nähere Ausführung über die Möglichkeit der Annahme einer relativen Nichtigkeit überhaupt gehört nicht hierher. Vergl. darüber Brandis a. a. O. § 1 und 2. Aufgabe dieser Arbeit wird es nur sein, eine solche Unterstellung bei den einzelnen hinkenden Geschäften zurückzuweisen.

Digitized by Google

der Eine verpflichtet sei, der Andere nicht. Meinungsverschiedenheit besteht nur darüber, weshalb der klagende Nichtverpflichtete nur dann Etwas erreiche, wenn er selbst leiste.[15])

Den Grund dafür glaubt Keller darin zu finden, dass durch den Abschluss von zweiseitigen Rechtsgeschäften jeder Contrahent das Recht auf den Austausch der vertragsmässigen Leistungen erwerbe, so dass zum Beispiel der Käufer nicht einfach die Sache, noch der Verkäufer den Preis, sondern jener die Sache gegen den Preis und dieser den Preis gegen die Sache zu fordern berechtigt sei.[16])

Mit diesem allgemeinen Princip ist nicht zu vereinigen l. 5 C. de evict. 8. 45,[17]) wo ausdrücklich gesagt ist, dass die Verklagte sich einer exceptio bedienen müsse, und l. 5 § 4 D. de dol. exc. 44. 4, wo ebenfalls eine Einrede der Verklagten erwähnt wird. Wozu aber eine exceptio, wenn der Prätor schon wegen Mangels des gehörigen Klagfundaments hätte abweisen müssen?[18])

Nimmt man nun an, dass dem nicht verpflichteten Theil eine Einrede gegen die Klage seines Gegencontrahenten zustehe, so lässt sich dies Recht der Einrede auf zweifache Weise erklären. Entweder ist es gegen die Absicht des ganzen Ver-

---

[15]) l. 7. § 1. de rescind. vend. 18. 5. l. 3. § 4. D. de neg. gest. 3. 5. l. 34. § 3. de contr. emt. 18. 1.

[16]) v. Keller Jahrb. des gem. Rechts Bd. IV. No. 11. S. 353.

[17]) Imp. Antoninus A. Petroniae. Ex praediis, quae mercata es, si aliqua a venditore obligata et necdum tibi tradita sunt, ex emto actione consequeris, ut ea a creditore liberentur. Idem etiam fiet, si adversus venditorem ex vendito actione pretium petentem doli exceptionem opposueris.

[18]) Auch die von Keller loc. cit. angeführten Gaj. IV. 126 und l. 25. D. de act. emt. 19. 1. sprechen mehr für als gegen unsere Ansicht, denn selbst zugegeben, dass beide Stellen auf eine novirte Kaufpreisforderung hinweisen, so ist doch, wenn wir l. 5. C. cit. und l. 5. § 4. D. cit. vergleichen, das in ihnen Gesagte auf die Klagen aus dem Kauf auszudehnen.

Digitized by Google

trages, dass der Eine, obgleich nicht verpflichtet, Etwas erlangen will, ohne selbst zu erfüllen, weshalb ihm eine exceptio doli gegenüber steht — das ist die von Windscheid und die auch hier vertretene Ansicht — oder aber es besteht auf Seiten des Klägers eine, wenn auch abgeschwächte Obligation, welche den Verklagten zur Entgegenstellung einer exceptio berechtigt. Diese letztere Möglichkeit ist wiederholentlich angenommen worden.

So behaupten Büchel[19]) und Sintenis,[20]) dass der sine tutoris auctoritate contrahirende Pupill naturaliter verpflichtet sei; diese Naturalobligation habe auch die gewöhnlichen Wirkungen; nur stehe dem Pupillen soluti repetitio deshalb zu, weil er überhaupt nicht gültig zahlen könne. Vangerow, der früher dem zugestimmt hat, sagt in der siebenten Auflage seines Werkes,[21]) der Pupill sei allerdings naturaliter obligirt, da jedoch dem Gläubiger nicht einmal die solut retentio zustehe, so könne derselbe noch viel weniger durch anderweite Retention oder Compensation sein Forderungsrecht geltend machen. Dies erleide nur bei zweiseitigen Geschäften eine leicht begreifliche Ausnahme. Brandis[22]) nimmt zwar auch eine naturalis obligatio pupilli an, beschränkt aber die Wirkungen derselben insoweit, als sie die soluti repetitio nicht verhindere und nicht einredeweise geltend gemacht werden könne, er giebt daher dem Pupillen eine Einrede nur bis zur Bereicherung.

Zu den bisherigen Aufstellungen, welche alle hinkenden Geschäfte von einem gemeinsamen Gesichtspunkt behandeln, ist jetzt noch eine von Gürgens[23]) getreten. Dieser glaubt unterscheiden zu müssen zwischen solchen Contracten, bei

---

[19]) Civilrechtliche Erörterungen Bd. II. S. 76 fg.
[20]) Das practische gemeine Civilrecht Bd. I. § 17 Anm. 24.
[21]) v. Vangerow a. a. O.
[22]) Brandis a. a. O. S. 151.
[23]) Gürgens a. a. O. § 3.

Digitized by Google

denen theilweise Nichtigkeit eintritt, und solchen, welche unter einer Bedingung nichtig sind.

§ 2.

Practischer Unterschied bei Durchführung der verschiedenen über den Begriff der hinkenden Geschäfte aufgestellten Ansichten.

Der Streit, welcher, wie gezeigt, über den Begriff der hinkenden Geschäfte geführt wird, ist nicht ein bloss theoretischer, er hat auch practische Folgen. Um die Unterschiede, welche sich bei Durchführung der einzelnen sich widersprechenden Ansichten ergeben, zu erkennen, muss man unterscheiden, je nachdem keinerseits erfüllt ist, oder der eine der Contrahenten oder beide prästirt haben.

I. Beide Paciscenten haben nicht erfüllt.

Klagt in diesem Fall der non obligatus — also der Pupill oder derjenige, der, ohne es zu wissen, eine res furtiva verkauft hat, — so stimmen sämmtliche Meinungen darin überein, dass der verpflichtete Contrahent nur dann zu leisten habe, wenn der Gegencontrahent zur Erfüllung bereit sei.[1]) Und in der That ist es schwierig, so deutlichen Quellenstellen gegenüber, wie sie uns über diesen Punkt vorliegen,[2]) etwas Anderes zu behaupten. Nur Brandis hat in seiner geistreichen Ab-

---

[1]) Die Gründe, die für diese Annahme angeführt werden, sind jedoch verschieden. Wie ich glaube, ist die Klage, bei welcher der Kläger selbst nicht erfüllen will, unwirksam, weil sie der Absicht des Contracts nicht entspricht, deshalb steht ihr eine exceptio doli gegenüber. Keller nimmt dagegen an, die Bereitschaft des Klägers gehöre zum Klagfundament, deshalb sei bei ihrem Mangel schlechthin abzuweisen, während z. B. Vangerow eine exceptio non adimpleti contractus nur wegen der sich aus dem Vertrag ergebenden naturalis obligatio zugeben will.

[2]) l. 3. §. 4. D. de neg. gest. 3. 5. l. 7. §. 1. D. de rescind. vend. 18. 5. l. 34. § 3. D. de contr. emt. 18. 1.

Digitized by Google

handlung: „Ueber absolute und relative Nichtigkeit“ auch diese Stellen seinem allgemeinen Princip unterzuordnen gesucht, nach welchem die naturalis obligatio der Pupillen nie die Kraft habe, eine exceptio zu begründen. Er bezieht deshalb die in den Quellen erwähnte Einrede nur auf die Bereicherung, die aus dem betreffenden Geschäfte dem Pupillen erwachse. — Davon im besonderen Theil.

Wie ist es nun aber, wenn der verpflichtete Theil aus dem eingegangenen Contract klagt? Hier wird er sofort abzuweisen sein: denn nach der einen Ansicht besteht eine Verpflichtung des Verklagten gar nicht, nach der andern hängt wenigstens die ganze Gültigkeit des Geschäfts vom Verklagten ab.

Eine andere Frage ist es, ob der nicht obligirte Theil, bevor er selbst erfüllt, gegen den Pupillen auf die Bereicherung klagen könne. Das ist meiner Ansicht nach an sich möglich; denn, soweit Bereicherung eintritt, ist sie schon mit Abschluss des Vertrages vorhanden. Nur wird der actio stets die exceptio non adimpleti contractus entgegengesetzt werden können.[3])

---

[3]) Die Klage auf die Bereicherung hat nämlich ihren Grund im Contract. Das ist ausgesprochen in l. 6. pr. D. de neg. gest. 3. 5. — — negotiorum gestorum te habebo obligatum, sed et pupillum, modo si locupletior fuerit factus. l. 1. §. 15. D. depos. 16. 3. An in pupillum, apud quem sine tutoris auctoritate depositum est, depositi actio detur, quaeritur. Sed probari oportet, si apud doli mali jam capacem deposueris, agi posse, si dolum commisit, nam et in quantum locupletior factus est, datur actio in eum. Wenn die Klage in l. 3. pr. D. commod. 13. 6 eine utilis actio aus dem Contract genannt ist, so können wir den Grund wohl darin suchen, dass die römischen Juristen in der That zweifelhaft waren, ob aus dem Contract geklagt werden könne oder nicht, sie aber jedenfalls die Wirkungen der Contractsklage dem verpflichteten Contrahenten gewähren wollten. Uebrigens scheinen sie der ganzen Sache nicht viel Werth beigemessen zu haben, da Ulpian in l. 3. pr. D.

Digitized by Google

Es ist nun noch die dritte Möglichkeit gegeben, dass der verpflichtete Praciscent gegen den nicht verpflichteten darauf klage, dass letzterer sich erkläre, ob er das Geschäft mit allen seinen Consequenzen wolle wirksam werden lassen oder nicht. Eine solche Klage halte ich für unnöthig; denn bei den uns vorliegenden Geschäften, die sämmtlich bonae fidei sind, genügt ja, dass der Eine dem Andern eine zur Ueberlegung angemessene Frist setzt; erfolgt innerhalb derselben keine Erklärung, so steht der späteren Klage eine exceptio doli gegenüber.

II. Der nicht verpflichtete Contrahent hat prästirt, nicht aber der Gegencontrahent. —

Hier treten, wenigstens bei dem Kauf einer res furtiva, ganz dieselben Folgen, wie bei allen zweiseitigen Geschäften ein, d h. der nicht obligirte Theil hat eine Klage auf Erfüllung. Bei den zweiseitigen Geschäften des Pupillen findet insoweit eine Abweichung von der allgemeinen Regel statt, als der sine tutoris auctoritate zahlende Pupill die indebiti condictio auf Herausgabe des Gezahlten hat. Hierin liegt kein Widerspruch zu unserer Ansicht, denn neben dem Satz, dass bei zweiseitigen Geschäften die Absicht des Vertrages auf beiderseitige Erfüllung gerichtet sei, behält doch auch immer jener Satz seine volle Geltung: deteriorem facere conditionem pupillo non aliter, quam cum tutoris auctoritate licet.[4])

---

cit. und in l. 1. §. 15. D. cit. das eine Mal die Klage utiliter, das andere Mal unbeschränkt gewährt. — Vergl. dagegen Brinz a. a. O. S. 1642. Bekker Actionen Bd. I. S. 370.

[4]) Deteriorem facere heisst nämlich nicht, seine ganze vermögensrechtliche Lage verschlechtern, sondern überhaupt Etwas vornehmen, wodurch man Verpflichtungen eingeht oder erfüllt, selbst wenn dieselben mit vortheilhaften Folgen verknüpft sind, dies ergiebt sich aus §. 1. J. de auct. et. cons. l. 21 l. 9. § 3. 4 D. de auct. et. cons. 26. 8 l. 7. § 1. D. de bon. poss. 37. 1. Vergl. Brandis a. a. O. S. 171.

Digitized by Google

III. Der verpflichtete Theil hat erfüllt, ohne dass der andere geleistet hat.

Dann steht demjenigen, der mit einem Pupillen contrahirt hat, die Klage auf die Bereicherung, demjenigen, der wissentlich eine res furtiva gekauft hat, gar keine Klage zu. Die Härte der letzteren Entscheidung wird gemildert, wenn wir bedenken, dass ja der Käufer bei Abschluss und Erfüllung des Vertrags über die Folgen seiner Handlung unterrichtet war. Beim Pupillen hat diese strenge Auffassung eine leicht begreifliche Abschwächung erfahren, weil häufig der eine Contrahent von der Unmündigkeit seines Gegencontrahenten gar nichts gewusst haben wird. Der allgemeine Grundsatz, dass Niemand sich mit dem Schaden des Andern bereichern soll,[5]) passt daher auch auf diesen Fall, aber auch hier ist eine Klage nur insoweit gegeben, als die Bereicherung zur Zeit der Litiscontestation noch reicht.

Nehmen wir jedoch mit Puchta eine relative Nichtigkeit des Geschäfts an, so wird Alles von der Zustimmung des nicht gebundenen Theils abhängen. Wird diese ertheilt, so hat auch die nicht gebundene Partei eine Klage auf Erfüllung; wenn nicht, so steht derselben wenigstens eine indebiti condictio zu. Eine Klage auf Bereicherung würde nach dieser Ansicht nur dann gegeben werden können, wenn der Mündel durch das ganze Geschäft bereichert worden ist;[6]) denn wenn derselbe entweder an das ganze Geschäft gebunden oder an das ganze Geschäft nicht gebunden ist, und er ferner bei der Bereicherung gebunden ist, so muss sich diese Bereicherung auch auf das ganze Geschäft beziehen, da es unbillig

---

[5]) l. 14 D. de cond. ind. 12. 6.

[6]) Vergl. Brandis a. a. O. S. 169.

Digitized by Google

wäre, wenn der Pupill deshalb, weil er eine geringe Bereicherung erhalten hat, das ganze Geschäft anerkennen sollte.

IV. Beide Contrahenten haben geleistet.

In diesem Fall ist der sine tutoris auctoritate zahlende Pupill aus dem oben angegebenen Grunde berechtigt, das Gezahlte zurückzufordern. Hat er aber mit dem Tutor geleistet, so steht ihm die soluti repetitio nicht zu. Ebenso ist es, wenn der Verkäufer der res furtiva, der die Beschaffenheit derselben nicht kannte, prästirt hat; denn durch die Zahlung ist ja nur die Absicht des ganzen Vertrages erfüllt.

Besonderer Theil.

I. Abschnitt.

Vertheidigung der aufgestellten Ansicht in den einzelnen Fällen.

§ 3.

Die zweiseitigen Geschäfte der sine tutoris auctoritate handelnden Pupillen.

Von den Quellenstellen, welche sich mit Rechtsgeschäften dieser Art beschäftigen,[1]) ist besonders hervorzuheben l. 13 § 29 D. de act. emt. et vend. 19. 1.

Ulpianus libro 32 ad Edict.

Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus; nam, qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat.

Der Pupill soll nicht verpflichtet sein, wohl aber der andere Contrahent; darüber lässt uns dieser Ausspruch des

---

[1]) Vergl. § 1 Anm. 3 und 4.

Digitized by Google

Juristen keinen Zweifel, denn die Worte „nam, qui emit obligatus est pupillo“ bilden doch nur einen Commentar zu dem vorhergehenden: ex uno latere constat contractus. Der Contract soll nur auf einer Seite bestehen, aber er soll doch bestehen; und sofern er besteht, soll er die Wirkungen eines jeden Vertrages äussern; denen von einer Einschränkung seiner Wirksamkeit ist nicht die Rede.

Der relativen Nichtigkeit steht diese Stelle schroff gegenüber. Will man eine solche annehmen, so muss man „obligatus est — sibi non obligat“ mit „gebunden sein“ übersetzen. Darnach würden die Gesetzesworte sagen: „Derjenige, der vom Pupillen kauft, ist gebunden.“ Darum besteht aber der Vertrag noch nicht auf der einen Seite, denn ein Vertrag besteht erst dann, wenn die Wirkungen desselben voll eintreten können. Durch das blosse Gebundensein treten aber zunächst noch gar keine Wirkungen ein, sondern erst dadurch, dass der nicht verpflichtete Contrahent das ganze Geschäft anerkennt. Erst dann kann man — wenn man sich auf den Standpunkt der Anhänger einer relativen Nichtigkeit stellt — sagen: constat contractus; aber dann besteht er wieder ex utroque latere. Es ist bei dieser Interpretation die Bedeutung des „ex uno latere“ nicht ersichtlich.

Ein weiteres Argument gegen die relative Nichtigkeit liegt in L. 7 § 1 D. de rescind. vend. 18. 5.

Paulus libro 5. Quaestionum:

> Si pupilli persona intervenit, qui ante sine tutoris auctoritate, deinde tutore auctore emit, quamvis, venditor jam ei obligatus fuit, tamen, quia pupillus non tenebatur, renovata venditio efficit, ut invicem obligati sint.

Der frühere Verkauf soll renovirt werden, also muss der Verkauf schon früher bestanden haben. Er würde aber dem Princip der relativen Nichtigkeit gemäss erst durch Anerkennung des Gegencontrahenten wirksam, dann aber auch wieder

Digitized by Google

für beide Theile. Wozu also eine Erneuerung des Kaufgeschäfts?

Die von uns aufgestellte Ansicht bestätigt auch Justinian in pr. J. de auct. tut. 1. 21:

> Unde in his causis, ex quibus obligationes mutuae nascuntur, ut in emtionibus venditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his (pupillis) contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur.

Die Worte „obligantur — non obligantur" beziehen sich doch auf causae, ex quibus obligationes mutuae nascuntur.[2]) Bei den Contracten, durch welche beide Contrahenten verpflichtet werden können, sollen die Pupillen nicht verpflichtet werden; das ist die Erklärung, welche auf der Hand liegt, welche auch durch den ganzen Zusammenhang unterstützt wird.[3])

Sehr richtig ist gegen die relative Nichtigkeit von Brandis[4]) auch die Fortsetzung der l. 7. § 1 cit. angeführt worden:

> Item potest quaeri, si sine tutoris auctoritate pactus fuerit, ut discedatur ab emtione an, perinde sit, atque si ab initio sine tutoris auctoritate emisset, ut scilicet ipse non teneatur, sed agente eo retentiones competant. Sed nec illud sine ratione dicetur, quod initio recte emtio sit contracta, vix bonae fidei convenire, eo pacto stari, quod alteri captiosum sit; et maxime, si justo errore sit deceptus.

Die Stelle handelt von einem gültig abgeschlossenen Kaufvertrag, der durch einen Vertrag des sine tutoris auctoritate handelnden Pupillen aufgehoben werden soll. Nach der Ansicht von Puchta, Savigny, Mommsen stände hier dem Pupillen frei, entweder vom Vertrage abzustehen oder denselben

---

[2]) Brandis a. a. O. S. 159.
[3]) Vergl. Dernburg Compensation S. 71.
[4]) Brandis a. a. O. S. 164.

Digitized by Google

ganz zu erfüllen. Thut er das erstere, so ist damit eben nur vollzogen, was der Gegencontrahent durch den zweiten Vertrag erreichen wollte; etwas Captiöses läge also für diesen nicht vor. Will der nicht gebundene Contrahent aber bei dem Vertrage beharren, so wären die Folgen dieselben, wie diejenigen, welche Paulus vorschreibt, damit der Contract nicht captiös werde.

Nur darin greift Brandis fehl, dass es hier keinen andern Ausweg geben soll, als die Annahme, dass der nicht verpflichtete Paciscent auf das Ganze klagen könne, ohne seinerseits zu erfüllen. Die Captiosität liegt vielmehr darin, dass, wenn an den Pupillen bereits geleistet ist, derselbe aus dem sine tutoris auctoritate eingegangenen Vertrag doch nur auf die Bereicherung belangt werden könnte, während er nach der Entscheidung von Paulus auf das Ganze mit der Klage aus dem Kauf verpflichtet ist.

Nach den soeben erwähnten Quellenstellen ist also die Annahme einer relativen Nichtigkeit bei den zweiseitigen Geschäften eines Pupillen vollkommen ausgeschlossen.[5]) Es ist vielmehr daran festzuhalten, dass der Pupill nicht verpflichtet ist, wohl aber sein Gegencontrahent. Trotzdem sollen der Klage des Pupillen Retentionen[6]) gegenüberstehen. An einer andern Stelle[7]) heisst es, es könne ihm gegenüber compensirt werden:

> Ulpianus libro 10 ad Edictum. Pupillus sane si negotia gesserit, post rescriptum divi Pii etiam conveniri

[5]) Aus denselben Gründen, aus denen ich die Ansicht von Puchta zurückweise. kann ich auch Wächter Handbuch des im Königreich Würtemberg geltenden Privatrechts Bd. II. S. 666 nicht beistimmen. Dieser nimmt Nichtigkeit an, die durch den Willen einer Partei convalescire. Dagegen spricht auch l. 29 D. de R. J. 50. 17 Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.

[6]) l. 7 § 1 D. cit.

[7]) l. 3 § 4 D. de neg. gest. 3. 5.

Digitized by Google

potest in id, quod factus est locupletior, agendo autem compensationem ejus, quod gessit, patitur.

Auf diese Gesetze beruft sich Keller [8]) für seinen Grundsatz, dass nicht Leistung und Gegenleistung, sondern nur Leistung gegen Gegenleistung gefordert werden könne. Meiner Ansicht nach mit Unrecht; denn, wenn es auch richtig ist, dass das retinere und compensare nicht immer als Thätigkeit einer Person, sondern auch als von dem Forderungsrecht selbst ausgehend gedacht werden müssen,[9]) so sind die Worte doch hier stets in dem ersteren Sinne gebraucht worden. In den Worten „sed agente eo, retentiones competant" ist doch offenbar auf eine Person verwiesen, welche berechtigt ist, das Retentionsrecht geltend zu machen. Ebenso unzweifelhaft spricht l. 3. § 4. D. cit. von einer Thätigkeit der verpflichteten Partei, denn nachdem hier zuerst bestimmt ist, dass der Gegencontrahent des Pupillen nur auf die Bereicherung klagen könne, wird gesagt, compensirt könne mit der ganzen Forderung werden. Nichts berechtigt zu der Annahme, dass, da doch soeben von einer Thätigkeit gesprochen ist, hier die Compensation durch Aufwägung erfolgen solle; vielmehr liegt in dem „patitur", er erleidet, er muss es sich gefallen lassen, eine Bestätigung unserer Ansicht. Diese wird noch bestärkt, wenn wir l. 5 § 4 D. de dol. exc. 44. 4 und l. 5 C. de evict. 8. 45 vergleichen. Könnte der Pupill aus dem von ihm sine tutoris auctoritate abgeschlossenen Geschäft überhaupt nur auf Leistung gegen Gegenleistung klagen, dann wäre eine exceptio gar nicht nothwendig. Da diese aber in den Quellen bezeugt ist, so ist die Ansicht Keller's zu verwerfen.

Wohl aber stimmen alle genannten Stellen mit der von uns vertheidigten Meinung. Dieselbe beruht auf zwei Grundsätzen:

---

[8]) Keller a. a. O. S. 315. fg.

[9]) Vergl. Windscheid a. a. O. II. § 348 Note 3. Tiktin a. a. O. S. 86.

Digitized by Google

1. Der Pupill soll durch sein eigenes Handeln seine Lage nicht verschlechtern; darum kann gegen ihn nicht geklagt werden.
2. Bei den zweiseitigen Verträgen verpflichtet sich nicht der Eine zur Leistung dieser Sache und der Andere zur Leistung jener, ohne dass diese Leistungen in irgend welchem Zusammenhang ständen, sondern Jeder will dem Andern deshalb verpflichtet sein, damit er für seine Leistung eine Gegenleistung empfange. Diese Absicht ist dieselbe, mögen nun beide Contrahenten wirklich obligirt werden oder nur der eine. Deshalb kann auch der Klage des Mündels eine Einrede gegenüber gesetzt werden, die sich im Allgemeinen als exceptio doli characterisirt.[10]) Ihr Wortlaut ist derselbe, wie der Wortlaut einer diesbezüglichen Exception bei einer jeden zweiseitigen Obligation, denn ihr Grund ist ja derselbe. Es passt zum Beispiel auch hier die Einrede: si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit, neque tradita est.[11])

Zur Begründung eines derartigen Rechts des Beklagten ist daher die Annahme einer naturalis obligatio des Pupillen vollkommen überflüssig. Trotzdem hat man in einer solchen Verpflichtung oft den Grund der Einrede sehen wollen. Die Argumente, welche für diese Ansicht beigebracht werden, können mich jedoch nicht überzeugen, ja gerade aus ihnen glaube ich die Richtigkeit meiner Behauptung entnehmen zu können. Um dies zu beweisen, ist es jedoch nöthig, von den einseitigen Rechtsgeschäften des Pupillen auszugehen, bei ihnen die vielfach bestrittene Frage nach dem Vorhandensein einer naturalis obligatio, den eventuellen Beschränkungen derselben und dem Grunde dieser Beschränkungen zu erläutern, und die

---

[10]) Vergl. l. 5 C. de evict. cit.
[11]) l. 25 D. de act. emt. et vend 19. 1.

Digitized by Google

so gefundenen Grundsätze auf die zweiseitigen Verträge des Mündels auszudehnen. Alles dies wird Aufgabe des nächsten Paragraphen sein.

§ 4.

Fortsetzung. — Die Annahme einer naturalis obligatio des Pupillen.

Allgemein anerkannt ist, dass der ohne den Tutor handelnde Pupill Rechte erwerben kann.[1]) Ebenso unbestritten ist, dass derselbe auch sine tutoris auctoritate vollwirksam aus Delicten[2]) und ubi ex re obligatio venit[3]) verhaftet werde. Nur verpflichten kann er sich nicht selbständig; ein diesbezügliches Geschäft soll mero jure nichtig sein.[4])

Streit herrscht nur darüber, ob der Pupill durch diejenigen Rechtsgeschäfte, durch welche er seine Lage verschlechtert, nicht auch über die Bereicherung hinaus[5]) wenigstens naturaliter verpflichtet werde. Die Wirkungen einer solchen Naturalobligation sind in vielen Stellen anerkannt worden,[6]) nur an zwei Orten leugnen die Quellen auch das Vorhandensein einer solchen Verbindlichkeit, nämlich in l. 41 D. de cond. indeb. 12. 6.

Neratius libro 6. Membranarum

---

[1]) pr. J. de auct. tut. 1. 21 § 9 J. de inutil. stip. 3. 19 l. 28. pr. D. de pactis 2. 14 l. 9. pr. D. de auct. et cons. 26. 8 l. 11 D. de acquir. rer. dom. 41. 1 l. 9 D. de novat. 46. 2 l. 2 D. de acceptil. 46. 4 l. 1 C. de auct. praest. 5. 59.

[2]) l. 5 § 2 ad leg. Aquil. 9. 2 l. 23 de furt. 47. 2.

[3]) l. 29 pr. D. communi divid. 10. 3 l. 33 D. pro socio 17. 2 l. 46 D. de O. et A. 44. 7.

[4]) pr. J. de auct. tut. 1. 21 l. 16 pr. de minor. 4. 4 l. 1 § 2 D. de pec. constit. 13. 5 l. 8 pr. de acqu. vel. omitt. hered. 29. 2.

[5]) Denn bis zu dieser haftet er nach einem Rescript des D. Pius civiliter.

[6]) Die einschlagenden Stellen sind gesammelt von Brandis a. a. O. S. 151 Note 6.

Digitized by Google

Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, solverit, repetitio est, quia nec natura debet

und l. 59 D. de O. et A. 44. 7.

Licinius Rufinus libro 8 Regularum.

Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem jure naturali obligatur.

Schon Donellus hat versucht, die Aussprüche der Juristen zu vereinigen.[7]) Er unterscheidet zwischen pupilli pubertati proximi und infantiae proximi. Nur die ersteren sollen naturaliter obligirt werden, auf die letzteren bezögen sich l. 41 D. cit. und l. 59 D. cit. Eine derartige Unterscheidung ist aber vollkommen willkürlich; denn in den Quellen ist dieselbe nirgends erwähnt, was doch um so wunderbarer wäre, als im § 10 J. de inutil. stip. 3. 19 gesagt ist: ut infantiae proximi idem juris habeant, quod pubertati proximi.

Gestützt auf die beiden erwähnten leges hat Puchta[8]) behauptet, dass der Pupill nicht einmal jure naturali obligirt werde. Wo in den Quellen eine naturalis obligatio des Mündels erwähnt sei, da beziehe sich diese Obligation auf die demselben zu Theil gewordene Bereicherung. Eine derartige civilrechtliche und klagbare Verpflichtung sei wiederholentlich auf die naturalis aequitas zurückgeführt worden, und könne daher naturalis nur in diesem Sinne verstanden werden.[9]) Dem widerspricht zunächst, dass eine solche Bedeutung des Wortes „naturalis" ohne zwingende Gründe nicht anzunehmen ist. Sodann erwähnen einzelne Quellenstellen ausdrücklich eine Obligation des Pupillen, welche über die Bereicherung hinausgeht, so l. 1 § 1 D. de novat. 46. 2:

Ulpianus libro 46 ad Sabinum.

---

[7]) Donellus Comm. lib. 12 caput 22 § 13.

[8]) Puchta Pandecten § 237 Note h.

[9]) Vergl. auch Martinus in glossa ad l. 25 de fidejuss. und Cujacius ad l. 127 de verb. obl.

Digitized by Google

— — — — Qualiscunque obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter, utputa, si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit.

Naturaliter hier im Sinne von Puchta zu erklären, ist unmöglich; denn dann wäre der Gegensatz, der doch in dem aut-aut liegt, unverständlich. Es ist vielmehr gesagt: Eine obligatio kann durch jede folgende obligatio novirt werden, mag diese nun eine civiliter klagbare oder eine naturaliter gültige sein. Als Beispiel für den letzten Fall ist die Verpflichtung des ohne tutor promittirenden Pupillen angeführt.

Ebenso deutlich zeugt gegen Puchta l. 95 § 2 de solut. 46. 3.

Papinianus libro 28 Quaestionum.

Aliquando pro solutione cedit, si forte creditor, qui pupillo sine tutoris auctoritate nummos crediderat, heres ei exstitit, non enim, quanto locupletior factus est, consequeretur, sed in solidum creditum suum ex hereditate retinet.

Der Erbe soll — und es kann das in manchen Fällen, z. B. bei der Berechnung der Falcidischen Quart, von Wichtigkeit sein — nicht nur, soweit der Pupill durch das Darlehn bereichert ist, aus der Erbschaft Befriedigung erhalten, sondern er soll sich bis auf den ganzen Betrag der creditirten Summen bezahlt machen. Dies würde er nicht dürfen, wenn nicht wenigstens eine naturalis obligatio auf die ganze Schuld bestände. Die Erklärung von Puchta, wonach hier nur die Untersuchung über das Erforderniss der Bereicherung in Wegfall kommen soll, widerspricht den citirten Gesetzesworten. Diese sagen ausdrücklich: Nicht nur insoweit der Pupill bereichert ist, — also auch in dem Fall, wenn er gar nicht bereichert ist — sondern für die ganze Forderung soll der Gläubiger sich befriedigen dürfen. [10])

[10]) Unrichtig ist auch die Behauptung von Puchta, dass in der

Digitized by Google

Durch das bisher Gesagte scheint mir die Unhaltbarkeit der Puchta'schen Ansicht hinlänglich erwiesen.[11]) Eine Vereinigung der sich anscheinend widersprechenden Quellenaussprüche auf dieser Grundlage bleibt ausgeschlossen.

Die Unmöglichkeit derartiger Erklärungen, wie der von Donellus und Puchta haben richtig erkannt Savigny,[12]) Rudorff[13]) und Fritz.[14])

Dieselben verzweifeln überhaupt an der Möglichkeit, die einander gegenüberstehenden Gesetzesstellen zu vereinigen, nehmen eine naturalis obligatio mit den gewöhnlichen Wirkungen an und begnügen sich, für die vorliegende Antinomie nach Gründen zu suchen. Die Argumente, die sie vorbringen, sind jedoch nicht stichhaltig. Savigny und Rudorff gehen auf die abweichenden Stellen gar nicht näher ein. Ersterer erklärt den in ihnen ausgesprochenen Gedanken für einen lesgislatorisch richtigen, entscheidet sich aber doch für die gegentheilige Ansicht, weil die innere Consequenz für sie spreche,[15]) wodurch jedoch nicht ersichtlich wird, wie der Widerspruch in die Quellen gekommen. Letzterer verwirft l. 41 D. cit. und l. 59 D. cit., weil sie theils von älteren Juristen herrühren, theils ziemlich unbestimmt reden, während beide Stellen ganz unzweideutig das Vorhandensein einer naturalis obligatio leugnen und Rufinus zu den neueren Juristen gehört. Die Meinung von Fritz endlich, nach welcher die angeführten Gesetze ent-

---

Uebernahme einer Schuld des Pupillen seitens eines Bürgen das Uebereinkommen liege, dass Bereicherung vorhanden sei, denn ein Vertrag, dass Etwas ist, was in der That nicht ist, ist unmöglich.

11) Vergl. ausserdem v. Savigny Obligationenrecht Bd. I. S. 61 fg., ferner l. 25 § 1 quando dies leg. 36. 2.

12) Savigny a. a. O. § 10.

13) Rudorff Recht der Vormundschaft Bd. II. S. 280.

14) Fritz Erläuterungen zu v. Wening-Ingenheim's Lehrb. des gemeinen Civilrechts S. 269 fg.

15) v. Savigny a. a. O. S. 74 und 75.

Digitized by Google

weder auf einem Irrthum beruhen oder sich zunächst nur auf den infans und den infantiae proximus bezogen haben und dann aus Versehen in die Pandecten aufgenommen sind, ist auf eine blosse Vermuthung gegründet und wenigstens so lange zu leugnen, als eine Vereinigung der Quellenstellen möglich ist.

Vor Allem aber ist die Ansicht der drei erwähnten Gelehrten deshalb unhaltbar, weil eine volle Wirksamkeit der Naturalobligation des Pupillen in den Quellen vielfach verworfen ist. Zugestanden sind die Wirkungen einer solchen nur insofern, als dem Mündel dadurch kein Schaden erwächst, geleugnet sind sie da, wo derselbe durch die Obligation genöthigt werden soll, zu erfüllen. Wohl geeignet ist daher die Obligation zur Novation[16]) zur Grundlage einer Bürgschaft[17]) zum legatum nominis[18]) zur Aufhebung eines unter einer in diem addictio geschlossenen Kaufs,[19]) zu einer gültigen Zahlung seitens des pupillus pubes factus, des Pupillen sub auctoritate tutoris oder eines dritten, weshalb auch der Erbe sich eine derartige Zahlung in die quarta Falcidia einrechnen lassen muss.[20])

Die naturalis obligatio pupilli hat jedoch nicht die Kraft, dass ihretwegen eine soluti repetitio seitens des Mündels aus-

---

16) Sie kann sowohl noviren als novirt werden. § 3. J. quib. mod. tollitur 3. 29. l. 1. § 1 D. de novat. 46. 2. Gaj. III. § 176. — l 19 § 4. D. de donat. 39. 5.

17) l. 35 D. de recept. 4. 8 l. 42. pr. D. de jurej. 12. 2 l. 127 D. de verb. obl. 45. 1 l. 2 l. 25 D. de fidej. 46. 1 l. 95 § 4 D. de solut. 46. 3.

18) l. 25 § 1 quando dies 36. 2.

19) l. 14 § 3 de in diem add. 18. 2.

20) l. 21 pr. D. ad. leg. Falc. 35. 2 l. 44 D. de solut. 46. 3 l. 25 § 1 quando dies 36. 2 l. 64 pr. ad SCtum Trebell. 36. 1. Wenn auch in diesen Stellen eine Zahlung sub auctoritate tutoris nicht ausdrücklich erwähnt ist, so ist doch eine solche, da sie die regelmässige ist, anzunehmen.

Digitized by Google

geschlossen oder eine Compensationseinrede gegenüber einer Klage desselben begründet ist. Hierfür spricht von vorn herein die Billigkeit. Man denke sich: Ein Pupill verspricht Jemandem, vielleicht einem Insolventen, ein Darlehn, welches erst nach zwei Jahren zurückerstattet werden soll und zahlt dasselbe aus. Wäre es nicht offenbar zu hart, wenn dem Mündel wegen des Vorhandenseins einer naturalis obligatio die sofortige soluti repetitio verweigert würde? Oder man setze den andern Fall: Der Pupill hat das versprochene Darlehn nicht bezahlt, darauf klagt er gegen den Mitcontrahenten eine schon lange bestehende gute Forderung ein. Hier würde ihm nach der Ansicht von Savigny, Rudorff und Fritz eine exceptio aus der naturalis obligatio entgegenstehen, was wiederum eine unvermeidliche Härte mit sich brächte. Man wende dagegen nicht ein, dass dem Pupillen ja noch immer eine in integrum restitutio zustehe. Diese wird vom Prätor nur da gegeben, wo eine wirkliche Noth vorliegt; sie ist ein nur subsidiäres Rechtsmittel. Weshalb also einen Nothstand construiren, dem der Prätor gewiss auf eine andere, als eine so ungewöhnliche Weise abgeholfen hätte, der auch in den Quellen nicht bezeugt ist?

Die hier vertretene Ansicht ist anerkannt in l. 29 D. de cond. indeb. 12. 6.

Ulpianus libro 2 Disput.

Interdum persona locum facit repetitioni, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate — — — solverit; nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur. Et si quidem exstant nummi, vindicabuntur, consumtis vero condictio locum habebit.

Ferner in l. 41 D. cit. und l. 19 § 1 D. de reb. cred. 12. 1.

Julianus libro 10. Digestorum.

Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit, aut solvendi causa dederit, consumta pecunia condictionem habet,

Digitized by Google

vel liberabitur non alia ratione, quam quod facto ejus intelligitur ad eum, qui acceperit, pervenisse.[21])

Dass dem Pupillen hier die soluti repetitio zusteht, ist eine Beschränkung der naturalis obligatio desselben; denn, wenn er auch eine civilis obligatio nicht gültig zahlen kann, so wirkt doch bei dieser die Leistung der Zahlung gleich, wie sich aus l. 19 § 1 D. cit. l. 9 § 2 D. de auct. et cons tut. 26. 8 und l. 14 § 8 D. de solut. 46. 3 ergiebt.[22])

Wenn nun der condictio des Mündels keinerlei Einrede, auch nicht eine exceptio doli gegenübersteht — und das müssen wir annehmen, da sonst dieselbe in den Quellen gewiss erwähnt wäre — so ist der Schluss wohl nicht ungerechtfertigt, dass aus der naturalis obligatio pupilli dem Gegencontrahenten überhaupt keine Einrede erwachse. Dies ist denn auch anerkannt in l. 4 § 4 de dol. exc. 44. 4.

Ulpianus libro 76 ad Edictum.

Si quis pupillo solverit sine tutoris auctoritate id quod debuit, exque ea solutione locupletior factus sit pupillus, rectissime dicitur, exceptionem petentibus nocere. Nam etsi mutuam acceperit pecuniam vel ex quo alio contractu locupletior factus sit, dandam esse exceptionem.

Hier ist eine exceptio nur für den Fall gewährt, dass der Pupill aus dem Vertrag bereichert sei. Wozu wäre dies gesagt, wenn nicht im Uebrigen eine Einrede ausgeschlossen sein sollte?[23])

---

[21]) Zu construiren ist: Si pupillus sine tuturis auctoritate crediderit, consumta pecunia condictionem habet, si solvendi causa dederit, liberabitur.

[22]) Vergl. Arndts Pand. § 263. Schwanert die Naturalobligationen des römischen Rechts S. 371, Anm. 35. Brandis a. a. O. S. 151 fg.

[23]) Vergl. Keller, Jahrb. des gemeinen deutschen Rechts, Bd. IV No. 12, die naturalis obligatio des Pupillen. Der Ansicht von Sintenis (das practische gemeine Civilrecht, Bd. I. § 17 Anm. 24), dass hier nur der Satz zur Anwendung gebracht sei: cui damus actionem, multo

Digitized by Google

Da somit die Naturalobligation des Pupillen wesentlich beschränkt ist, so ist sehr leicht erklärlich, wie Rufinus und Neratius sagen konnten, derselbe sei gar nicht verpflichtet. Sie vermissten die gewöhnlichen Wirkungen einer naturalis obligatio und sagten deshalb „ne quidem jure naturali obligatur" — — — „nec natura debet". Hätte man ihnen die Frage vorgelegt, ob ein sine tutoris auctoritate abgeschlossenes Rechtsgeschäft des Pupillen vollständig nichtig sei, so hätten sie dieselbe wahrscheinlich verneint. Nach meiner Ansicht liegt deshalb keine Meinungsverschiedenheit unter den römischen Juristen vor, sondern nur eine Ungenauigkeit des Ausdrucks, die zwar nicht geleugnet, wohl aber erklärt werden kann.

Eine derartige Erklärung ist noch auf andere, als die hier angegebene Weise versucht worden. So nehmen Rosshirt,[24]) Glück,[25]) Weber,[26]) Unterholzner[27]) an, dass der Pupill selbst, gar nicht, nicht einmal naturaliter verpflichtet sei, wohl aber dritte Personen. Deshalb könnten Bürgen bestellt werden. Der Pupill könne noviren und durch Expromission befreit werden, er selbst aber werde nie obligirt.

Diese Ansicht enthält einen Widerspruch in sich selbst. Der Bürge soll verpflichtet sein. Wofür? Für eine gar nicht bestehende Obligation? Der Pupill soll durch Expromission befreit werden, aber wovon? Wie kann eine Verpflichtung novirt werden durch keine Verpflichtung? Woraus erklärt sich schliesslich der Ausspruch der Quellen, dass der Pupill,

---

magis damus exceptionem kann ich deshalb nicht zustimmen, weil, wenn dies der einzige Sinn der vorliegenden Worte sein sollte, nicht ersichtlich wäre, wozu das zuerst Gesagte durch das folgende Beispiel überhaupt noch erläutert wäre.

[24]) Zeitschrift für Civilrecht und Criminalrecht, Bd. I. Heft 2 S. 130 fg.

[25]) Glück, Commentar Bd. IV. S. 62 fg.

[26]) Weber, Natürliche Verbindlichkeit § 71.

[27]) Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. I. S. 157 fg.

Digitized by Google

wenn er pubes factus oder sub auctoritate tutoris zahle, wirklich ein debitum zahle?

Alles dies ist von Büchel[28]) richtig erkannt worden. Derselbe setzt an Stelle der verworfenen Erklärung eine neue, gleichfalls von der unsrigen abweichende. Er behauptet nämlich, dass nur deshalb von Neratius und Rufinus die naturalis obligatio pupilli verworfen sei, weil der Pupill überhaupt nicht gültig zahlen könne.[29])

Die Analogie einer civilen Obligation passt aber nicht, denn, wie bereits oben gezeigt, hat die Leistung des Pupillen bei dieser die Wirkung, dass dieselbe getilgt wird, während das hier nicht der Fall ist. Ausserdem müsste man auch, wenn man behauptet, dass der soluti repetitio des Pupillen keine exceptio aus der Naturalobligation entgegenstehe, consequenter Weise die Exceptionskraft der naturalis obligatio pupilli überhaupt leugnen.[30])

Das giebt v. Vangerow in der siebenten Auflage seines Pandectenlehrbuches zu, nachdem er in den vorhergehenden Auflagen das Gegentheil behauptet. Er sagt:

> Wenn das von Pupillen ohne tutor Gezahlte stets condicirt werden kann, und also dem Gläubiger nicht einmal die soluti retentio zusteht, so kann derselbe wohl noch viel weniger durch anderweite Retention oder Compensation sein Forderungsrecht geltend machen — was nur bei zweiseitigen Geschäften eine begreifliche Ausnahme erleidet.

Leicht begreiflich ist diese vermeintliche Ausnahme doch nur dann, wenn man bei ihrer Begründung, wie wir es thun, auf die Natur der zweiseitigen Geschäfte zurückgeht, wonach

---

[28]) Büchel a. a. O. S. 80 fg.

[29]) Vergl. Sintenis a. a. O.

[30]) Vergl. Christiansen. Zur Lehre von der naturalis obligatio und condictio indebiti S. 120.

Digitized by Google

der eine Contrahent nicht zur Erfüllung gezwungen werden soll, wenn der andere nicht selbst zur Erfüllung bereit ist. Thut man dies aber, dann liegt gar keine Ausnahme vor; denn dann ist der Pupill bei ein- wie zweiseitigen Geschäften gleichmässig naturaliter verpflichtet; es steht ihm aus der naturalis obligatio weder hier wie da eine Einrede gegenüber. Hiermit wird nach zwei Seiten hin unser Princip gewahrt:

1. Es bleibt dabei der Begriff der naturalis obligatio des Mündels derselbe, während Vangerow in Bezug auf die Wirkungen derselben hin und her schwankt und
2. ist dadurch die Richtigkeit unserer Ansicht von dem Begriff der zweiseitigen Obligationen erwiesen.

Mit dieser unserer Auffassung stimmen auch die Quellen durchaus überein; denn während sie in l. 4 § 4 D. cit. eine Einrede bei den einseitigen Geschäften ausschliessen, sprechen sie sich für die Gewährung einer solchen bei den negotia bilateralia deutlich aus in l. 3 § 4 D. de neg. gest. 3. 5 und l. 7 § 1 D. de rescind. vend. 18. 5. Dabei deuten sie das Vorhandensein einer zu Grunde liegenden naturalis obligatio nirgends an, was um so seltsamer wäre, wenn die Naturalobligation des Pupillen hier ganz andere Wirkungen haben sollte, als bei den einseitigen Geschäften desselben.

Die Einrede, welche dem Mündel zusteht, ist eine exceptio doli, sie bezieht sich demgemäss auf die ganze Verpflichtung, die dem Pupillen aus der von ihm eingegangenen zweiseitigen Obligation erwächst, nicht, wie Brandis behauptet, nur auf die ihm durch den Vertrag zu Theil gewordene Bereicherung. Gegen Brandis, der mit uns im Uebrigen gleicher Ansicht ist, sprechen die Quellen l. 3 § 4 cit.

> Pupillus sane si negotia gesserit, post rescriptum Divi Pii etiam conveniri potest in id, quod factus est locupletior, agendo autem compensationem ejus, quod gessit, patitur.

Digitized by Google

Hier soll in den Worten „ejus, quod gessit“ eine Zurückbeziehung auf „in id, quod locupletior factus est“ liegen. Diese Erklärung entspricht aber eben so wenig den Worten, wie dem Sinn des Gesetzes; den Worten nicht, weil in dem agendo autem entschieden ein Gegensatz zu dem Vorangegangenen liegt. Ein solcher Gegensatz ist aber bei der Interpretation von Brandis[31]) nicht zu erkennen; denn, dass man mit einer civilen Forderung auch compensiren könne, ist selbstverständlich. Wozu dann also das autem oder überhaupt der ganze Nachsatz? Dem Sinne widerstreitet die Erklärung deshalb, weil es doch im höchsten Grade unbillig wäre, wenn einem Pupill (also regelmässig einem Kinde unter 14 Jahren), welcher ohne Zustimmung des Vertretenen Geschäfte desselben führt, bei seiner Klage eine Einrede nur insoweit entgegengesetzt werden könnte, als er zur Zeit der Litiscontestation noch bereichert ist.

Nach meiner Ansicht soll hier nur gesagt sein: Nach dem Rescript von Pius kann der dominus gegen den Pupillen nur auf die Bereicherung klagen; stellt der Pupill aber selbst die negotiorum gestorum actio contraria an, dann soll der dominus nicht nur soweit compensiren können, als jener bereichert ist, sondern soweit, als er es jedem Andern gegenüber thun könnte. Für die Richtigkeit dieser Auslegung spricht auch . 7 § 1 D. cit.:

> Item potest quaeri, si sine tutoris auctoritate pactus fuerit, ut discedatur ab emtione, an perinde sit, atque si ab initio sine tutoris auctoritate emisset, ut scilicet ipse non teneatur, sed agente eo retentiones competant.

Auch hier will Brandis[32]) die Retentionen nur bis zum Belauf der Bereicherung gelten lassen. Dem widerspricht doch aber offenbar der Zusammenhang. Nachdem in der Stelle nirgends

---

[31]) Brandis a. a. O. S. 161.
[32]) A. a. O. S. 179.

Digitized by Google

von einer Bereicherung die Rede gewesen, ja sogar gesagt ist, der Pupill werde selbst gar nicht verpflichtet, soll plötzlich ohne inneren Grund das Erforderniss einer Bereicherung in den Schlusssatz hineingetragen werden, der doch unter ganz denselben Bedingungen steht, wie die vorangehenden Worte? Das ist unmöglich und damit fällt die von Brandis aufgestellte Ansicht zusammen.

§ 5.

Der Käufer einer res furtiva kennt die Beschaffenheit derselben beim Abschluss des Kaufs, nicht aber der Verkäufer.

In l. 34 § 3 D. de contr. emt. 18. 1. Paulus libro 33 ad Edict. heisst es:

— — Si emtor solus scit (furtivum esse, quod venit) non obligabitur venditor, nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro, quod convenerit, praestet.

Der vorliegende Fall ist also: Es hat Jemand wissentlich eine res furtiva gekauft, der Verkäufer kennt diese Eigenschaft der Sache nicht; dann soll letzterer nicht verpflichtet sein. Trotzdem aber wird er mit seiner Klage aus dem Verkauf nichts erreichen, wenn er nicht selbst leistet.

Dem „non obligabitur venditor" muss ein „obligabitur emtor" gegenüber gestellt werden. Das folgt schon aus der Analogie derjenigen Stellen, welche die zweiseitigen sine tutoris auctoritate geschlossenen Geschäfte des Pupillen behandeln,[1]) ferner aus den Worten — „ex vendito quidquam consequitur", denn wie dürfte der venditor die actio venditi anstellen, wenn der emtor nicht aus der emtio venditio obligirt wäre? Demnach liegen auch

---

[1]) pr. J. de auct. tut. 1. 21. ipsi quidem, qui. cum his contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur, in l. 5 § 1 D. de auct. et cons. tut. 26. 8. Pupillus vendendo sine tutoris auctoritate non obligatur — — ist auch zu ergänzen is, qui cum eo contrahit, obligatur.

Digitized by Google

hier die von uns aufgestellten Erfordernisse eines negotium claudicans vor, nämlich die Zweiseitigkeit des Geschäfts und die gesetzliche Einseitigkeit der Verpflichtung Das ist auch von Vielen anerkannt.[2]) Andererseits haben manche in der citirten lex ein Beispiel für die relative Nichtigkeit sehen wollen, so Puchta,[3]) Mommsen[4]) und Gürgens.[5]) Die beiden Letzteren erkennen an, dass das Recht gewöhnlich die Frage über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsgeschäfts unmittelbar entscheidet, trotzdem glauben sie hier eine positive Ausnahme finden zu müssen. Eine Ausnahme von einer allgemeinen Regel muss aber zweifellos bewiesen werden sonst hat sie auf Anerkennung keinen Anspruch. Ein derartiger Beweis wird von unsern Gegnern nicht erbracht.

Gürgens beruft sich für seine Ansicht auf die Billigkeit.[6]) Es sei nämlich ungerecht, wenn man sage, der Käufer solle unter jeder Bedingung verpflichtet sein, der Verkäufer gar nicht. Dem steht entgegen, dass der Käufer schon bei Abschluss des Vertrags von der Furtivität der Sache unterrichtet war, sich also auch die Folgen seiner Handlung überlegen konnte. Die l. 34 § 3 cit. will gar nicht den Käufer schützen, sondern den Verkäufer; dieser soll nicht gezwungen werden, die res furtiva vom Eigenthümer zu erwerben, darum wird er aus dem Vertrage nicht verpflichtet.

Auch wird durch Mommsen gar nicht, durch Gürgens nicht hinlänglich bewiesen, was die Worte „nec tamen" in unserer Stelle bedeuten. Nach letzterem soll das Neue, Unerwartete, was durch „nec tamen" angedeutet wird, darin enthalten sein,

---

[2]) Dernburg a. a. O. S. 73. Brandis a. a. O. S. 142. Brinz a. a. O. S. 1643. Windscheid a. a. O. Keller a. a. O. S. 352. Tiktin a. a. O. S. 81.

[3]) Puchta a. a. O. § 232.

[4]) Mommsen a. a. O. S. 419.

[5]) Gürgens a. a. O. S. 46 fg.

[6]) Gürgens a. a. O. S. 23.

Digitized by Google

dass der Verkäufer, wenn er gebunden sein wolle, erst die res furtiva zu der seinigen mache müsse. Auf andere Weise kann er aber gar nicht id, quod convenerit, erfüllen, es ist das selbstverständlich, und kann daher auch durch diese Erklärung der von Brandis den Anhängern der relativen Nichtigkeit gemachte Vorwurf nicht beseitigt werden, dass das „nec tamen" nicht am Platze sei, wenn non obligatur nur bedeute, der Verkäufer könne von dem Vertrage abgehen

Da somit der Beweis einer relativen Nichtigkeit misslungen ist, müssen wir bei unserer oben erwähnten Ansicht stehen bleiben. Es fragt sich aber auch hier wieder, aus welchem Grunde gesagt ist, dass dsr Verkäufer Nichts erreichen werde, wenn er nicht selbst leiste.

Die Beantwortung der Frage ist einfach; denn wir brauchen wieder nur auf das Wesen der zweiseitigen Obligationen zurückzugehen, um zu einer richtigen Lösung zu gelangen. Das Princip, dass bei ihnen keiner der Contrahenten klagen könne, ohne seinerseits zur Erfüllung bereit zu sein, ist auch hier anerkannt, und, da dasselbe auf den ersten Blick einen Widerspruch gegen das vorhergehende „non obligabitur venditor" zu enthalten scheint, so ist damit die Anwendung der Worte „nec tamen" vollkommen erklärt.

Gegen diese Erklärung vermag auch Keller nicht durchzudringen, wenn er sagt:[7])

> „Wo ist hier die selbständige Gegenforderung des beklagten Käufers, kraft welcher er seinen Verkäufer zur Erfüllung anhalten kann?"

denn, dass die Gegenforderung des Käufers eine selbständige sei, ist niemals von uns behauptet, und leitet sich daher aus ihr die von uns behauptete Einrede gar nicht her.

Die in § 1 erwähnte Ansicht von Keller halte ich aus

---

[7]) Keller a. a. O. S. 352.

Digitized by Google

den dort angegebenen allgemeinen Gründen, dann aber auch wegen der Analogie mit den Stellen, welche die zweiseitigen Geschäfte des sine tutor contrahirenden Pupillen behandeln, für unrichtig.

Ebensowenig kann ich Tiktin und Barons) zustimmen, welche mit Keller gleicher Ansicht sind, sich aber zur Begründung derselben hauptsächlich auf das Wort ultro stützen. Wie kann der Verkäufer aber anders als ultro leisten, wenn er zur Erfüllung gar nicht verpflichtet ist? In diesem Sinne ist das Wörtchen auch stets gedeutet worden, und glaube ich in der uns hier vorliegenden Erklärung auch nur ein Beispiel dafür sehen zu können, dass, wenn man Etwas finden will, man auch Etwas finden wird — nur ist das so Gefundene immer etwas Gesuchtes.

Beachtenswerther erscheint mir die Meinung von Brandis, nach welcher der Verkäufer deshalb nichts mit seiner Klage erreicht, weil er selbst naturaliter verpflichtet ist. Dem steht nur die Unnöthigkeit einer solchen Annahme entgegen; auch wäre es wunderbar, wenn die Quellen nur an diesem einen Orte einer derartigen Verpflichtung Erwähnung gethan hätten.

Nachdem wir so den von uns aufgestellten Begriff der negotia claudicantia an zwei Arten von Contracten nachgewiesen haben, ist es nöthig, andere Arten von Geschäften, die gleichfalls hierher gezählt worden sind, aus der Reihe der hinkenden Verträge auszuschliessen, da bei denselben beide Contrahenten theils ganz, theils gar nicht obligirt werden. Diese Aufgabe zu lösen, wird im folgenden Abschnitt versucht werden.

---

8) Baron, Pandecten § 215.

Digitized by Google

II. Abschnitt.
Zurückweisung und Widerlegung derjenigen, welche noch andere Geschäfte zu den negotia claudicantia zählen wollen.

I. Solche Fälle, in denen beide Contrahenten verpflichtet sind.

§ 6.

Ein Mandatar, der nicht über einen bestimmten Kaufpreis hinausgehen soll, kauft theurer.

Die Gesetzesstellen, welche über die uns hier vorliegende Frage Auskunft geben, sind:

§ 8 J. de mand. 3. 26.

Is, qui exsequitur mandatum, non debet excedere finem mandati. Utecce si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeres, neque pluris emere debes; alioquin non habebis cum eo mandati actionem; adeo quidem, ut Sabino et Cassio placuerit, etiamsi usque ad centum aureos cum eo agere velis, inutiliter te acturum: diversae scholae auctores recte usque ad centum aureos te acturum existimant, quae sententia sane benignior est. — —

l. 3 § 2 D. mand. 17. 1.

Paulus libro 32 ad Edictum.

Quodsi pretium statui, tuque pluris emisti, quidam negaverunt, te mandati habere actionem, etiamsi paratus esses id, quod excedit, remittere; namque iniquum est, non esse mihi cum illo actionem, si nolit, illi vero, si velit, mecum esse.

l. 4 D. mand. 17. 1.

Gajus libro 2 Rerum quotidianarum vel Aureorum: sed Proculus recte eum usque ad pretium statutum acturum existimat, quae sententia sane benignior est.

Digitized by Google

In diesen Stellen haben Manche, so in neuerer Zeit besonders Gürgens[1]) eine relative Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gefunden. Es hänge, sagen sie, die ganze Wirksamkeit des Mandats vom Mandatar ab, es liege also ein negotium claudicans vor.

Bei Prüfung der in Rede stehenden Quellenaussprüche begegnen wir einem Streit der Sabinianer und Proculejaner. Erstere meinten, dass derjenige, welcher die Grenzen des Mandats überschritten habe, ganz etwas Anderes als das Aufgetragene gethan habe, deshalb könne weder er selbst klagen, noch verklagt werden. Das ist offenbar der im § 8 J. cit. und l. 3 § 2 D. cit. ausgesprochene Gedanke; denn, wenn auch nicht ausdrücklich gesagt ist, dass der Mandant nicht klagen könne, so versteht sich das, wenn überhaupt ein Mandat gar nicht vorliegt, von selbst. Diese Ansicht wird durch die folgenden erläuternden Worte des Paulus bestärkt. Die Behauptung von Gürgens,[2]) dass der Jurist durch das iniquum die Proculejaner habe zurückweisen wollen, ist durch Nichts begründet; derselbe wollte vielmehr die Meinung der Sabinianer erklären. Da sagt er, nach der Sabinianer Ansicht, der Mandant keine Klage hat, so thun diese Sabinianer ganz Recht, wenn sie auch dem Mandatar keine Klage geben; denn das wäre unbillig.

Die Proculejaner hingegen fassen die Sache von einem ganz andern Gesichtspunkt aus auf. Der Mandatscharacter des Geschäfts bleibt ihrer Ansicht nach auch dann gewahrt, wenn der Mandatar zu einem theureren Preise kauft, als ihm aufgetragen war. Deshalb gewähren sie beiden Contrahenten die Contractsklagen, und diese Meinung ist, quia sane benignior est, von den Compilatoren aufgenommen.

---

[1]) Gürgens a. a. O. S. 53 fg.
[2]) A. a. O. S. 55.

Digitized by Google

Zum Beweis dieser Aufstellung berufe ich mich auf l. 41 D. mand. 17. 1, die ebenso wie l. 4 D. eod. von Gajus, der doch den Satz der Proculejaner vertheidigt, herrührt.

Gajus libro 3 ad Edictum prov.

> Potest et ab una dumtaxat parte mandati judicium dari; nam si is, qui mandatum suscepit, egressus fuerit mandatum, ipsi quidem mandati judicium non competit, at ei, qui mandaverit, adversus eum competit.

Hier ist offenbar davon die Rede, dass der Mandatar dolos handelt; denn, wäre dies nicht der Fall, so würde Gajus gemäss seiner in l. 4 D. cit. ausgesprochenen Ansicht doch sicherlich auch dem Mandatar die Klage zugesprochen haben. Handelt er also dolos, so soll er selbst keine Klage haben, wohl aber der Mandant. Sollte hier nicht das argumentum e contrario am Platze sein: Handelt er nicht dolos, dann soll auch er eine Klage haben? Ist nicht wenigstens dieser Schluss viel wahrscheinlicher, als der, zu welchem die Ansicht von Gürgens führt,[3]) nämlich: Handelt er nicht dolos, dann soll er eine Klage haben, nicht aber der Mandant?

So stehen denn die beiden Sätze des Gajus mit einander in vollem Einklang, und da der eine derselben den Lehren der Proculejaner entnommen ist, so ist doch gewiss kein Grund vorhanden, den andern mit dem sich aus demselben ergebenden Schluss als einen diesen Lehren gegenüberstehenden zu bezeichnen.[4])

---

[3]) Denn aus dem alleinigen Klagerecht des Mandatars wird ja die relative Nichtigkeit gefolgert.

[4]) Dass übrigens Justinian die Ansicht der Proculejaner aus Billigkeitsrücksichten angenommen hat, scheint mir sehr einfach, denn während nach der Ansicht der Sabinianer der Mandatar, auch wenn er bona fide handelte, keine Klage hatte, so kann er jetzt usque ad pretium statutum klagen. Das entspricht doch der Billigkeit sicherlich ebensosehr, als dass auch dem Mandant jetzt eine Klage zusteht, wenn er nämlich, wie schon Cujacius (Observationes libr. 12 cap. 34) sagt, das vom Mandatar wirklich Bezahlte selbst zu zahlen bereit ist.

Digitized by Google

Hat nun aber der Eine die mandati actio directa, der Andere die contraria, dann sind ja beide Theile aus dem zweiseitigen Geschäft verpflichtet, ein negotium claudicans liegt demnach nicht vor.

§ 7.

Die zweiseitigen Geschäfte eines Haussohnes oder Sclaven.

Es ist von vielen Seiten[1]) behauptet worden, dass bei den zweiseitigen Geschäften eines Haussohnes oder Sclaven eine Art der negotia claudicantia vorliege; es werde nämlich aus ihnen der Gewalthaber nicht verpflichtet, wohl aber der Gegencontrahent des Gewaltuntergebenen.

Ich kann mich dieser Ansicht nicht anschliessen.

Die hinkenden Verträge sind solche Verträge, bei denen die beiden Contrahenten nicht das erreichen, was sie bei Eingehung des Geschäfts beabsichtigen, und zwar deshalb nicht erreichen, weil der Eine von ihnen gesetzlich nicht verpflichtet wird. Halten wir an dieser Definition fest, so müssen wir den vorliegenden Fall von den negotia claudicantia ausschliessen, denn aus den zweiseitigen Geschäften des Haussohnes werden die beiden Paciscenten einander vollkommen obligirt. Dass nun der Vater oder dominus aus dem Vertrag des Haussohnes oder Sclaven nicht verpflichtet, wohl aber berechtigt ist, hat mit dem Geschäft als solchem gar nichts zu thun. Auch kann man nicht sagen, dass dasselbe dadurch in seinen Wirkungen irgendwie geschwächt werde, wie das doch sonst bei den hinkenden Verträgen der Fall war. Im Gegentheil könnte man vielleicht behaupten, dass der Contract durch den Hinzutritt des Vaters bestärkt werde; denn, während sonst der Gewaltuntergebene allein haftete, hat der Gegencontrahent

---

[1]) Windscheid a. a. O. § 321 Anm. 22. Tiktin a. a. O. S. 78. Gürgens a. a. O. S. 44.

Digitized by Google

jetzt gegen den dominus noch die actiones adjecticiae qualitatis.

Aus diesen Gründen kann ich die zweiseitigen Geschäfte eines Haussohnes nicht zu den negotia claudicantia zählen.[2])

II. Solche Fälle, in denen beide Contrahenten nicht verpflichtet sind.

§ 8.

Kauf einer Sache, deren grösserer Theil schon vor Abschluss des Kaufs ohne Wissen beider Contrahenten untergegangen ist.

Die Gesetzesstelle, in welcher der vorliegende Fall behandelt wird, ist l. 57 pr. de contr. emt. 18. 1.

Paulus libro 5 ad Plautium.

Domum emi, quum eam et ego et venditor combustam ignoraremus; Nerva, Sabinus, Cassius nihil venisse, quamvis area maneat, pecuniamque solutam condici posse ajunt. Sed si pars domus maneret, Neratius ait, hanc quaestionem multum interesse, quanta pars domus in-

---

2) Wenn man aber auch das Gegentheil annimmt, so muss man jedenfalls zugeben, dass diese Art der hinkenden Geschäfte durch das spätere Recht, und zwar mit der Einführung der actiones adjecticiae qualitatis sehr vermindert ist. Jetzt kann der Vater, welcher dem Sohn ein peculium gegeben hat, wirksam belangt werden. Hierbei entsteht nur die Frage, ob die actio de peculio sich darauf gründe, dass der Gewalthaber aus der Schuld des Untergebenen selbst verpflichtet, das peculium aber nur das Executionsobject sei, an welches sich Kläger halten könne (v. Savigny, Obligationenrecht, Bd. I. S. 103 fg.), oder darauf, dass der Vater zur Vertheidigung des Sohnes, aber auch nur peculiotenus obligirt sei. (Brinz, Krit. Blätter No. 3 S. 26 und 27. Schwanert, Naturalobligation S. 266.) Im ersteren Falle wäre das Geschäft auch in dieser einzelnen Beziehung nicht claudicans zu nennen. Mir scheint jedoch dis letztangeführte Ansicht die richtige, da ich keinen Grund sehe, weshalb der Vater, der doch sonst durch die Verträge des Sohnes nicht verpflichtet wird, dies durch Hingabe eines peculium plötzlich werden sollte. Bestätigt wird diese meine Meinung auch durch die Fassung der Formel, mit welcher der Prätor einen der-

Digitized by Google

cendio comsumtae permaneat, ut si quidem amplior domus pars exusta est, non compellatur emtor perficere emtionem; sed etiam, quod forte solutum ab eo est, repetet. Sin vero vel dimidia pars, vel minor quam dimidia exusta fuerit, tunc coarctandus est emtor venditionem adimplere, aestimatione viri boni habita, ut quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab hujus praestatione liberetur.

Aus den Worten non compellatur folgern Mommsen[1]) und Gürgens,[2]) dass, wenn der grösste Theil des verkauften Hauses schon vor Abschluss des Kaufvertrags ohne Wissen beider Contrahenten verbrannt sei, ein hinkendes Geschäft vorliege, dessen Gültigkeit durch den Willen des Käufers bedingt sei.

Dem scheint mir nicht so. Nach meiner Ansicht hat Neratius hier nur an zwei Möglichkeiten gedacht, nämlich:

1) Der Kauf ist ungültig.

2) Der Kauf ist gültig.

Die erste Möglichkeit hat er für den Fall festgesetzt, dass der grössere Theil des Hauses durch Feuer verzehrt sei. Dem Satz: „der Käufer soll nicht zur Erfüllung gezwungen werden", steht gegenüber der Satz: „Auch der Verkäufer soll nicht gezwungen werden", nur ist der letztere nicht ausgesprochen, da er sich von selbst versteht und zwar deshalb von selbst versteht, weil sich der Verkäufer gewiss sehr gern in diesem Fall zwingen liesse. Wie unpractisch wäre auch die gegen-

artigen Process an den judex verwies. (Vergl. Keller, Jahrb. des gem. deutschen Rechts, Bd. VI. S. 194. Pand. § 235 S. 465.) Einer selbständigen Verpflichtung des Gewalthabers aus der Schuld des Sohnes ist in derselben gar nicht Erwähnung gethan. Eine nähere Erörterung dieser Frage gehört nicht hierher, da die vorliegenden Contracte nach meiner Ansicht gar nicht negotia claudicantia sind.

[1]) Mommsen a. a. O. S. 419. Anm.

[2]) Gürgens a. a. O. S. 57.

Digitized by Google

theilige Meinung? Der Käufer soll nur die Wahl haben, ob er den ganzen Preis zahlen oder vom Geschäft zurücktreten wolle. Welche Entscheidung er treffen wird, ist klar, denn es wird doch Niemand die nämliche Summe, die er für die ganze Sache bezahlt hat, für den kleineren Theil derselben zahlen? Wozu also ein solches Wahlrecht annehmen?

Wenn der grössere Theil eines Hauses verbrannt ist, so ist das, was von demselben übrig bleibt, Etwas ganz Anderes, als das, worüber contrahirt worden ist. Es muss daher dieser Fall ebenso behandelt werden, wie der, bei dem gar nichts übrig bleibt, d. h. auch hier ist der Kauf nichtig, beide Contrahenten sind nicht verpflichtet.[3])

§ 9.

Nichtigkeit der Ehe wegen eines entgegenstehenden Privathindernisses.

Die Anhänger der relativen Nichtigkeit haben gerade die Nichtigkeit der Ehe wegen eines entgegenstehenden Privathindernisses oft für ihre Ansicht angeführt. Da dieselben die negotia claudicantia als zweiseitige Geschäfte definiren, deren Gültigkeit von dem Willen eines der Contrahenten abhänge, so müssen sie, wenn sie consequent sein wollen, auch diesen Fall zu den hinkenden Geschäften zählen.[1])

Die Privathindernisse, welche eine ihnen zuwider eingegangene Ehe vernichten, sind Mangel des Consenses wegen error, vis ac metus und Impotenz. Bei ihnen soll nach der gewöhnlichen Ansicht[2]) nur derjenige, für den das Privat-

---

[3]) Vergl, Westphal Lehre vom Kauf § 56. S. 55. Glück Commentar Bd. 16. O. 38. Burchardi Wiedereinsetzung S. 339.

[1]) Dies geschieht wenigstens insofern, als Savigny Syst. IV. S. 541 den hier vorliegenden Gegenstand in demselben Abschnitt behandelt, in welchem er über die zweiseitigen Geschäfte des sine tutoris auctoritate handelnden Pupillen spricht.

[2]) So auch Windscheid Pand. Bd I. § 82. Anm. 8.

Digitized by Google

hinderniss wirkt, das Recht haben, auf die Ungültigkeitserklärung der Ehe zu klagen, die Gültigkeit der Ehe soll also von seiner Entscheidung abhängen.

Diese Behauptung ist aber in den Quellen nirgends gerechtfertigt, vielmehr ist dort verschiedentlich bezeugt, dass beiderseitiger Consens nöthig sei, um die Ehe zu einer gültigen zu machen.[2]) Und wie könnte es auch anders sein? Mangel des Consenses und Impotenz sind impedimenta dirimentia, d. h. bei ihrem Vorhandensein ist die Ehe nichtig und zwar für beide Contrahenten nichtig. Ein matrimonium nullum kann aber nicht durch den Willen eines der Contrahenten erneuert werden, ja es kann überhaupt nicht erneuert werden, sondern der gegenseitige Consens kann nur dazu dienen, die früher scheinbar gültige Ehe zu einer wirklich gültigen zu machen.[4])

Dass die vorliegenden Ehehindernisse als private bezeichnet werden, hat darin seinen Grund, dass sie nur auf dem Interesse der scheinbar ehelich Verbundenen beruhen, und dass daher nur diesen ein Klagerecht, aber auch ein beiderseitiges eingeräumt ist.[5])

Die Annahme, dass der zuerst ertheilte Consens des schuldigen Theils fortdauere, ist überzeugend von Guyet[6]) zurückgewiesen worden; denn ein consensus war ja von Anfang an gar nicht vorhanden; auch trifft hier vollkommen der Satz zu: Non firmatur tractu temporis, quod de jure ab initio non subsistit.[7])

Wenn für die gegnerische Ansicht cap. 1 X. de eo, qui duxit in matr. 4. 7 angeführt wird, so beseitigt sich dieser

---

[2]) Cap. 26 X. de sponsal 4. 1 und cap. 5 X. de frig. 4. 15.

[4]) Schulte Handbuch des katholischen Eherechts § 41 S. 338.

[5]) Schulte a. a. O. § 6 S. 32.

[6]) De matrimonii invalide contracti renovatione. Specimen I. Heidelbergae 1830 § 1 pag. 8—17 und § 2 S. 24.

[7]) reg. 18 de R. J. in 6to.

Digitized by Google

Einwand einfach damit, dass hier von einem privaten Ehehinderniss nicht die Rede ist, sondern von einem öffentlichen; die Stelle beweist nur, dass der Papst hier wie da von einem impedimentum dirimens dispensiren kann.[8])

So müssen wir denn auch hier die Annahme einer relativen Nichtigkeit als unrichtig bezeichnen; beide Contrahenten sind vielmehr hier, wie in dem unter § 8 behandelten Fall, nicht verpflichtet; ein negotium claudicans ist also nicht vorhanden.

---

[8]) Brandis a. a. O. S. 204.

Digitized by Google

Digitized by Google

Lebenslauf.

Am 13. Januar 1856 wurde ich, Max Bourwieg, zu Pyritz geboren. Hier, wo mein Vater damals Kreisrichter war, verlebte ich die ersten Jahre meiner Jugend. Meine Erziehung erhielt ich zuerst im elterlichen Hause. Von meinem 10. Jahre ab besuchte ich das Marienstifts-Gymnasium zu Stettin, von welchem ich im April 1873 mit dem Zeugniss der Reife entlassen wurde.

Ich widmete mich dem juristischen Studium und bezog zunächst die Universität Leipzig. Nachdem ich dort zwei Semester verlebt, ging ich im dritten Semester nach Heidelberg, von wo ich im Winter 1874 nach Leipzig zurückkehrte. Während meiner beiden letzten Semester studirte ich zu **Greifswald.**

Dort bestand ich am 14. Juni 1876 mein erstes juristisches Examen, und wurde darauf bei der Königlichen Kreisgerichts-Deputation zu Pasewalk als Referendar angestellt.

Nachdem ich am 1. October 1876 dem Königlichen Kreisgericht zu Stettin überwiesen war, bestand ich am 29. November d. J. mein Examen rigorosum zu Greifswald.

Während meiner Studienzeit habe ich die Vorlesungen folgender Herren Professoren gehört: Kuntze, Roscher, Schmidt, Heinze, Renaud, Stobbe, Friedberg, Behrend, Bierling, Haeberlin, Hoelder und Pernice. Allen diesen meinen Lehrern sage ich hiermit den aufrichtigsten Dank.

Digitized by Google

Thesen.

I.

Das römische Pfandrecht ist ein accessorisches Recht.

II.

Der Character der negotia claudicantia wird durch die Annahme einer relativen Richtigkeit nicht erklärt.

III.

Bei dem sogenannten dolus generalis ist der Erfolg dem Thäter zum dolus zuzurechnen.

IV.

Die eheliche Gütergemeinschaft fällt im Wesentlichen unter den Begriff einer Rechtsgemeinschaft nach ideellen Theilen.

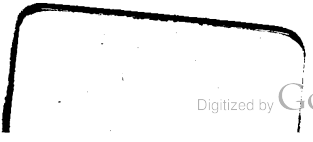
V.

Sponsalia de praesenti sind nach canonischem Recht unlöslich.

VI.

Zur Erhaltung des wechselmässigen Anspruchs gegen den Acceptanten ist der domicilirte Wechsel stets mangels Zahlung beim Domiciliaten zu protestiren.

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google